Inhalt und Bedeutung des § 279 des bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Walter Schumann,

Referendar in Halle a. S.

Halle a. S.

Buchdruckerei Carl Colbatzky.

1905.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41545805_0117

Meinen geliebten Eltern

als

Zeichen der Dankbarkeit

gewidmet.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Einleitung . . . . . Seite 1.
§ 2. Begriff und Wesen der Gattungssache
a) die diesseitige Ansicht . . . . . „ 2.
b) die gegenteiligen Ansichten . . . . . „ 5.
§ 3. Begriff des Unvermögens im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches . . . . . „ 8.
§ 4. Uber die Feststellung des Unvermögens des Schuldners . . „ 13.
§ 5. Die Wirkungen des Unvermögens des Schuldners auf das Gattungsschuldverhältnis . . . . . „ 17.
§ 6. Schlussbemerkungen . . . . . „ 22.

Litteraturverzeichnis.

Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht. Teil 2. Erlangen 1884.

Biermann, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 91, Tübingen und Leipzig 1901.

Bolze, die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 21, Leipzig 1896.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Aufl. 2, Jena 1899.

Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Tübingen und Leipzig 1902.

Cuno, der Übergang der Gefahr bei Gattungsschulden, Berlin 1902.

Dernburg, Pandekten Bd. 2, Aufl. 6, Berlin 1900.

Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und von Preussen, Bd. 2, Abt. 1, Halle a. S. 1899, Abt. 2, Halle a. S. 1901, cit. B. G. B.

Eck, Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1, Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Auflg. 6, Berlin 1899, cit. B. G. B.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechtes, Bd. 2. Leipzig 1882, cit. H. G. B.

Engelmann, das bürgerliche Recht Deutschlands mit Einschluss des Handelsrechts, Berlin 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, cit. R. G., Bd. 31, Nr. 38.

Fick, Archiv für deutsches Wechselrecht und Handelsrecht, Leipzig, Bd. 8, 1859, Bd. 9, 1860.

Gareis in Endemann, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 2, Seite 640 ff.

Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 2, Aufl. 2, Stuttgart 1883.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Beilageheft zu Bd. 30, Seite 912 und zu Bd. 35, Seite 931.

Haidlen, das bürgerliche Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten Bd. 1, 1896.

Hartmann, die Obligation, Erlangen 1875.

Hellmann, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 90, Tübingen, Freiburg, Leipzig 1900.

Jhering, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 3, Jena 1859; Bd. 4, Jena 1861.

Juristische Wochenschrift, herausgegeben von Kempner 1895, S. 519; 1885, S. 65, cit. Jur. Woch.

Kisch, die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen nach dem bürgerlichen Gesetzbuche für das deutsche Reich, Jena 1900.

Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Jena 1900.

Kuhlenbeck, in der Juristischen Wochenschrift von 1897, Seite 438 ff.

Kierulff, Theorie des gemeinen Civilrechts, Bd. 1, Altona 1839.

Leonhard, in seinen Anmerkungen zu Eck a. a. O.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht, Abt. 1: die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853.

Mugdan, die gesammten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. 2, Berlin 1899, cit. Motive.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich, Bd. 1, Berlin 1903.

Oertmann, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 85, Freiburg-Leipzig 1896.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, Bd. 2, Aufl. 1, 2, Berlin 1900.

Regelsberger, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 49, Heidelberg 1866.

Savigny von, das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1851.

Scherer, das zweite und dritte Jahr des bürgerlichen Gesetzbuches, Erlangen 1902, 1903.

Schmitz, die Beschränkung der Gattungsschuld auf eine bestimmte Sache, Inaug.-Diss. Borna-Leipzig 1903.

Schoeller, in Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 45 S. 511 ff, Berlin 1901.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1. Lfg. 1899, 2. Lfg. 1900.

Stammler, das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, Berlin 1897.

Staub, Festschrift für den 26. deutschen Juristentag, Berlin 1902.

Staudinger, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, München 1899.

Thoel, das Handelsrecht, Bd. 1, Abt. 2, Aufl. 5, 1876.

Titze, die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900.

Ubbelohde, im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 85, Freiburg-Leipzig 1896.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechtes, Bd. 2, Aufl. 8, Frankfurt 1900.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen auf dem Gebiete des Civil-, Handels- und Prozessrechtes 1904.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig 1879.

§ 1.
Einleitung.

Das bürgerliche Gesetzbuch regelt nur in wenigen Paragraphen die Gattungsschuld,[1]) wobei es von dem Falle ausgeht, dass eine nur[2]) der Gattung nach bestimmte Sache[3]) den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet,[4]) und setzt darin insbesondere den Zeitpunkt fest, wann die Gefahr vom Schuldner auf den Gläubiger übergehen soll. Hierdurch hat es einerseits einen grundsätzlichen Unterschied zwischen einer Gattungsschuld und einer Speciesschuld aus der gemeinrechtlichen Lehre übernommen, andererseits aber, da der Gefahrübergang nicht ein für alle Male an den Eintritt eines bestimmten Geschehnisses gebunden ist, die für die Praxis wünschenswerte Klarheit nicht zu schaffen vermocht. Der letztere Umstand ist für unsern Vorwurf von besonderer Bedeutung.

Zunächst wird im § 243 Abs. II des bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt, es solle sich das Schuldverhältnis, wenn der Schuldner einer Gattungssache das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan hat, auf diese Sache beschränken; mit anderen Worten: es solle in diesem Augenblick sua vi ac potestate die Gattungssache in eine Individual- oder Speciessache übergehen und nunmehr als solche den Gegenstand des Schuldverhältnisses ausmachen. Die Hauptfolge der hierdurch eintretenden Concretisirung ist diese: bei Speciesschulden befreit die nachträglich eintretende unverschuldete Unmöglichkeit den Schuldner; dies bedeutet nichts Anderes, als dass der Gläubiger die Gefahr des zufälligen Unterganges der Sache zu tragen hat.

In scheinbarem Widerspruch hierzu bestimmt § 279 a. a. O.:

> „Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt."

---

[1]) Wenn hier und in der Folge die Bezeichnung „Gattungsschuld" gebraucht wird, so geschieht dies in Anlehnung an die gemeinrechtliche Litteratur, wo sich ausser dieser Bezeichnung noch die Ausdrücke: „Gattungsobligation", „generische Obligation" und „Genusschuld" vorfinden. Das bürgerliche Gesetzbuch hat, so wenig wie das Handelsgesetzbuch, diese Ausdrücke übernommen.

[2]) „Nur der Gattung nach bestimmt" ist technisch zur Bezeichnung eines nur generisch bestimmten Leistungsgegenstandes.

[3]) In Fällen, in denen nur der Gattung nach bestimmte Handlungen, Rechte u. s. w. den Inhalt des Schuldverhältnisses bilden, müssen bei ihrer Beurteilung die besonderen Umstände des einzelnen Falles den Ausschlag geben.

[4]) vgl. Fischer-Henle a. a. O. Anm. 3 zu § 243; Motive S. 10.

Nur für den Fall, dass der Gläubiger im Annahmeverzuge ist, soll nach § 300 Abs. II a. a. O. die Gefahr bei einer nur der Gattung nach bestimmten Sache bereits mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger übergehen, in welchem er die angebotene Leistung nicht annimmt.

Den Gegenstand der folgenden Erörterungen soll nun die Beantwortung der Frage bilden, wie § 279 a. a. O. in seinem Verhältnis zu den §§ 243; 300 Abs. II a. a. O. nach Inhalt und Bedeutung aufzufassen ist.

§ 2.

Begriff und Wesen der Gattungssache.[1])

a) Die diesseitige Ansicht.

Nach § 90 des bürgerlichen Gesetzbuches sind Sachen im Sinne des Gesetzes nur körperliche Gegenstände. Es wird somit zunächst festzustellen sein, wann ein körperlicher Gegenstand, der im Folgenden als „Ding" bezeichnet werden soll, als Gattungssache, wann als Individualsache zu behandeln ist.

Die hier in Betracht kommenden Unterscheidungen haben davon auszugehen, dass ein Anderes das Ding, ein Anderes seine Eigenschaft ist. Die Eigenschaft ist stets an ein bestimmtes Ding geknüpft; dieses ist der Träger der Eigenschaft, nicht bilden diese in ihrer Gesammtheit das Ding.

Die Eigenschaften, die selbst wieder innere oder äussere Eigenschaften oder Werte sein können, bilden mit dem Ding in der Weise ein Ganzes, dass ein Ding ohne eine Eigenschaft für die Sinnenwelt zu bestehen aufhören, resp. gar nicht in dieselbe eintreten würde.

Die Eigenschaften sind für das Ding auch in sofern wesentlich, als dadurch das eine Ding von anderen sich unterscheidet, wobei die Tatsache nichts ausmacht, dass von den unendlichen Eigenschaften, die jedes Ding hat, sich mehr oder weniger gleiche auch bei anderen Dingen finden. Dass die einzelnen Eigenschaften ignorirt werden können, steht ausser allem Zweifel.

Ein Ding kann infolge dessen um seiner selbst willen, oder seiner Eigenschaften wegen begehrt werden. Verlangt beim Abschluss eines Schuldverhältnisses der Gläubiger vom Schuldner die Verschaffung eines bestimmten Dinges, und kommt hierbei zum Ausdruck, dass der Gläubiger gerade dieses von ihm erwählte Ding und kein anderes haben will, so ist das Schuldverhältnis auf die Leistung eines Sachindividuums, einer Species, beschränkt, und der Schuldner wird frei, wenn er dem Gläubiger das Ding verschafft hat. Verlangt dagegen der Gläubiger die Leistung eines Dinges nach Massgabe ausdrücklich bestimmter Eigenschaften,

[1]) vgl. Goldschmidt, a. a. O. § 61.

so wird der Schuldner frei, wenn er ein hiernach bestimmtes Ding geleistet hat. Es liegt in diesem Falle bei dem Schuldner, von all den Dingen, welche die verlangten Eigenschaften tragen, eines für das geeignete zu bestimmen. Nach der Leistung dieses wird er von seiner Verpflichtung frei. In einem solchen Falle ist, um mit Endemann[1]) zu reden, „die Eigenschaft oder die Summe von Eigenschaften in den Handel genommen, freilich nicht in ihrer nicht fassbaren nur logischen Existenz, sondern in ihrer sichtlichen Darstellung an irgend einem Sachindividuum, das jedoch nicht als solches, sondern nur um der angegebenen Eigenschaften willen, die sich an mehr oder weniger zahlreichen Sachindividuen finden, verlangt wird."

Die Eigenschaften sind also das Ausschlag gebende Moment, und alle Dinge, welche Träger der verlangten Eigenschaften sind, sind fähig, als Erfüllungsobjekte zu dienen. Sie alle gehören mithin derselben Kategorie, derselben Gattung an. Da es nun bei den Parteien, insonderheit bei dem Gläubiger liegt, die besonderen Eigenschaften zu bestimmen, so sind diese, bezw. dieser, allein in der Lage, die ganze Gattung zu bestimmen, aus welcher geleistet werden kann.

Hierzu mag folgendes Beispiel dienen:

Einem Pferdeliebhaber wird das Pferd vorgeführt, welches der Kaiser bei seinem Einzug in Jerusalem geritten hat. Will der Käufer dieses Pferd gerade dieser Tatsache wegen kaufen und vereinbart er mit dem Verkäufer, dass dasselbe in seiner unverkennbaren Vereinzelung Gegenstand des Kaufes sein soll, so liegt ein Specieskauf vor. Bestellt dagegen ein Gutsbesitzer bei einem Pferdehändler schlechthin fünf schwere belgische Ackerpferde, und ist dieser bereit, dieselben zu liefern, so hat das Schuldverhältnis inhaltlich die Leistung einer Gattungssache zum Gegenstande, denn der Vertrag wird erfüllt, wenn der Schuldner Pferde geliefert hat, welche die im Vertrage vorgesehenen Eigenschaften haben. Ist nun der Satz richtig, dass bei einer Speciessache das Ding als solches, bei einer Gattungssache die Eigenschaften des Dinges das Massgebende sind, und ist es ferner richtig, dass die Parteien zu bestimmen haben, wann das eine, wann das andere entscheiden soll, so erübrigt sich die in der Litteratur gemachte Teilung der Gattungsschuld in eine reine und in eine gemischte oder begrenzte Gattungsschuld, welch' letztere nach Endemann[2]) dann vorliegen soll, wenn der Schuldner die Ausscheidung der zu leistenden Sachen aus einem „objektiv begrenzten Sachinbegriffe," z. B. Pferde aus seinem Gestüte, oder Getreide aus den in dem Speicher „Schwan" lagernden Vorräten vollziehen soll.

---

[1]) Endemann: H. G. B. Bd. 2, S. 600.
[2]) Endemann: B. G. B. Bd. 1. S. 514 und Anm. 9 das.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass diese Scheidung müssig ist, denn wenn ein Pferd zu einem bestimmten Gestüte gehört, so ist dies eben eine Eigenschaft, welche das Pferd nur noch mit den Pferden teilt, die zu dem gleichen Gestüte gehören, und wenn weiter die Parteien sich darüber einig sind, dass das Pferd neben anderen Eigenschaften auch die haben soll, dass es zum Gestüte, z. B. des Schuldners, gehört, so ist diese Eigenschaft eine wesentliche und die Träger derselben sind ihrer wenige, eben nur die zum Gestüte des Schuldners gehörigen Pferde.

Mit Recht wird daher in den Motiven[1]) betont, dass der in der Theorie bestehende Streit über die richtige Klassifizierung der gemischt generischen Obligationen keinen Anlass zu besonderen Bestimmungen abgeben konnte, weil sie in der Tat keine besondere Klasse für sich bilden, sondern zur Klasse der generischen Obligation gehören.[2])

Die hier vertretene Ansicht wird unter Anderen von Planck,[3]) insbesondere von Jhering[4]) unterstützt und von der Praxis als die richtige betrachtet. In letzter Beziehung sei folgende Entscheidung des Reichsgerichts, welche in der Juristischen Wochenschrift vom Jahre 1897 auf Seite 438ff abgedruckt steht, soweit sie hier interessiert, mitgeteilt:

„Der Beklagte hatte für das Jahr 1889 die Lieferung des gesammten Bedarfs der Klägerin in prima gewaschenen Schmelzkoks der Zeche „Dannenbaum" in Bochum übernommen und im Mai 1889 mit Rücksicht auf den im rheinisch-westfälischen Kohlenreviere ausgebrochenen Arbeiterausstand die übernommenen Lieferungen für einige Zeit unterbrochen.

Die Klägerin hat sich deshalb ihren Bedarf in Koks anderweit beschafft und gegen den Beklagten auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens geklagt. Das Landgericht erkannte dem Klageantrage gemäss. Auf die Berufung des Beklagten hat das Kammergericht die Klage zurückgewiesen. Das Berufungsurteil ist auf die Revision aufgehoben worden aus folgenden Gründen: Das angefochtene Urteil beruhe auf der entscheidenden Erwägung, dass Beklagter sich vertragsmässig verpflichtet habe, der Klägerin

---

[1]) Motive Bd. 2, S. 6.

[2]) Dass eine Obligation, bei welcher der zu leistende Gegenstand nur einem beschränkten Sachkreis entnommen werden kann, auch zur Klasse der alternativen Obligationen zählen kann, berührt unsere Ausführungen nicht, da diese Frage Sache der Beurteilung des konkreten Falles sein muss, unter genauer Berücksichtigung der Parteiabsichten, ob nämlich das Gewicht auf die in der näher bezeichneten Menge u. s. w. begriffenen Individuen gelegt worden ist, oder die Beschränkung auf die bestimmte Menge nur die Bestimmung einer besonderen Gattung bezweckte. Ist letzteres als vorliegend festgestellt, so haben wir es mit einer Gattungssache schlechthin zu tun.

[3]) Planck, a. a. O. S. 11, Anm. 2 zu § 243 B. G. B.

[4]) Jhering, a. a. O., IV., 405ff.

je nach deren Bedarf die Species Dannenbaumkohle zu liefern, und dass ihm die Erfüllung des geschlossenen Vertrages durch Zufall unmöglich geworden sei. Diese Erwägung sei „rechtsirrtümlich". Nach seinem Schreiben habe Beklagter prima gewaschenen Schmelzkoks der Zeche Dannenbaum zu liefern, mithin eine Ware, welche nach ihrer Beschaffenheit und Herkunft bestimmt war. Durch eine solche Bestimmung allein werde aber eine Sache noch keineswegs zu einem Sachindividuum (species, corpus) im rechtlichen Sinne; vielmehr seien die in solcher Weise bestimmten Sachen lediglich als eine Gattung (genus) mit besonderen Eigenschaften gekennzeichnet."

Aus all' den bisherigen Erwägungen ergiebt sich also folgendes:

Die Begründung der Gattung kann lediglich durch die Parteien erfolgen;

Der Begriff des genus ist, wie Jhering[1]) sich passend ausdrückt, „ein ganz elastischer; derselbe kann weit- oder engbegriffen sein, und es kommt nur darauf an, dass das genus mehrere Individuen — seien es wirkliche, oder durch Ausscheiden u. s. w. erst herzustellende — in sich fasse;"

Der Untergang, selbst eines ganzen genus, kann bei der engen Fassung, die sich demselben geben lässt, leicht erfolgen, und der Regelsatz: „genus perire non censetur", der auch im § 279 des bürgerlichen Gesetzbuches fortlebt, ist nicht absolut wahr, und weder in der Natur der Sache, noch im römischen Recht, woher wir ihn übernommen haben, begründet; hierfür mag nur das Beispiel aus der l 30 § 5 ad leg. falc. 35,2 angeführt werden:

> incertae antem res relictae distinctionem recipiunt: nam si ex suis rebns incertam rem testator reliquisset, veluti argentum quod elegerit, et omne argentum testatoris interisset sine culpa heredis, nihil deberetur.

In letzterer Beziehung kann Leonhard[2]) nur zugestimmt werden, der die „oft missverstandene Regel": genus perire non censetur dahin ergänzen will: si singulae res eius generis pereunt, und welcher der Ansicht ist, dass der Regelsatz darüber hinaus zu widersinnigen Entscheidungen führen würde.

b) Die gegenteiligen Ansichten.

Um das hier gewonnene Ergebnis noch markanter hervortreten zu lassen, mag eine Betrachtung der gegenteiligen Ansichten über die sogenannte beschränkte Gattungsschuld stattfinden, wobei jedoch betont werden muss, dass nicht sowohl eine umfassende

[1]) Jhering, a. a. O. IV. 405.
[2]) Leonhard, a. a. O. S. 238 Anm. 1.

Darstellung derselben, als vielmehr eine Angabe der Hauptrichtungen, in welcher sie sich bewegen, beabsichtigt ist.

1. Nach der einen Ansicht, die besonders v. Savigny[1]) vertritt, muss die generische Obligation, welche nur auf eine Auswahl zwischen bestimmten einzelnen Gegenständen führt, als eine alternative Obligation betrachtet werden. Er sagt auf Seite 400 seines Obligationenrechtes: „Auch durch Legat könne eine generische Obligation begründet werden; zwar gehörten die meisten Stellen, die von einem generischen Legat zu reden „scheinen", nicht dahin, sondern zu „dem alternativen Legat", indem sie sich nur auf die Auswahl unter den zur Erbschaft gehörenden einzelnen Individuen der bezeichneten Gattung bezögen." Dieser Umstand, d. h. die Beschränkung der lieferfähigen Sachen auf einen bestimmten Kreis, kann, wie bereits unter Anmerkung 2 auf Seite 4 dieser Arbeit ausgeführt wurde, für die Frage, ob Gattungs- oder Wahlschuld vorliegt, nicht Ausschlag gebend sein. Wäre dies der Fall, so müsste auch die ursprünglich generische Obligation, wenn während der Dauer ihres Bestehens die generisch bestimmten Objekte durch irgend einen Umstand auf einen bestimmten Kreis beschränkt würden, sich in eine alternative Obligation, was Engelmann[2]) annimmt, und wenn nur noch ein einziges von den ursprünglich generisch bestimmten Objekten vorhanden wäre, sich in eine Speciesschuld verwandeln. Diese Annahme war jedoch weder im gemeinen Recht begründet,[3]) noch findet sie sich durch das bürgerliche Gesetzbuch bestätigt. Eine solche Verwandlung, die besonders für die Frage der Gefahrtragung von grösster Bedeutung ist, kann nur auf Grund eines von den Parteien neu zu schliessenden Vertrages erfolgen. Liegt jedoch ein solcher nicht vor, so ist mit Windscheid[4]) zu sagen, dass, wenn bei einer Gattungsschuld jeder andere Leistungsinhalt unmöglich geworden ist, gleichwohl nicht die Gattungsschuld auf den möglich gebliebenen Leistungsinhalt koncentrirt wird, dass dieser vielmehr Gegenstand des Schuldverhältnisses „als Ding gewisser Art" bleibt.

Die Ansicht v. Savignys ist in der Litteratur denn auch nicht ohne Gegner geblieben; es haben sich besonders Jhering[5]) und Mommsen[6]) gegen dieselbe ausgesprochen.

2. Nach einer andern Ansicht liegt überhaupt keine Gattungsschuld vor, wenn, wie besonders Dernburg und Eck hervorheben, eine Quantität aus einer bestimmten Menge heraus geleistet werden soll, z. B. aus einer Schiffsladung eine bestimmte Menge Waren.

---

[1]) v. Savigny a. a. O, Bd. 1, § 38g, t, und § 39, S. 400.
[2]) Engelmann, a. a. O., S. 183.
[3]) vgl. Jhering, a. a. O., IV. 390.
[4]) Windscheid-Kipp a. a. S. 36.
[5]) Jhering, a. a. O., IV. 406.
[6]) Mommsen, a. a. O., S. 341, Anm. 23 a. E.

Dernburg[1]) stellt zur Begründung dieser seiner Ansicht lediglich die Behauptung auf, eine Schiffsladung sei keine Gattung, er sagt dagegen nicht, weshalb er sie nicht als Gattung verstanden wissen will.

Nach der diesseits vertretenen Ansicht ist jedoch nicht abzusehen, weshalb eine Schiffsladung keine Gattung bilden soll? Zunächst wird auch Dernburg zugeben müssen, dass die in der Schiffsladung befindlichen Waren, z. B. Weizen, aus einer Gattung ausgeschieden sein können. Hierdurch haben sie aber eine Eigenschaft oder ein Merkmal erhalten, das sie von allem anderen sonst noch existirenden Weizen unterscheidet und sie einen ganz bestimmten Kreis bilden lässt, aus welchem dem Vertrage gemäss nur geliefert werden kann. Damit in einem solchen Falle der Begriff „generischer Bestimmung" Anwendung finden kann, ist lediglich erforderlich, dass irgend eine Zahl, sei es auch die Einzahl, gesetzt ist. Wenn der Eigentümer einer Schiffsladung Weizen diese an drei Käufer in der Weise veräussert, dass jeder Käufer ein Drittel der Ladung bekommen soll, so ist eine emptio speciei abgeschlossen worden. Hat er dagegen von dieser Ladung einhundert Centner an einen Käufer veräussert, dann liegt eine emptio generis vor; denn im ersten Falle kann er jedem Käufer das eine Drittel der Ladung tradiren, ohne dasselbe ausscheiden zu müssen — pars pro indiviso, — im zweiten Falle ist diese Möglichkeit nicht gegeben. Was sich aber tradiren lässt, ist stets eine species.[2])

Eck,[3]) der ebenfalls, allerdings unter Berufung auf Thoel, annimmt, die gemischt-generische Obligation sei keine Gattungsobligation, stützt seine Ansicht damit, dass er sagt: „ein übersehbares genus sei eben kein genus mehr." Er stellt also Alles auf die Uebersehbarkeit ab.

Diese Begründung möchte ich schon aus rein praktischen Gesichtspunkten für unhaltbar ansehen, denn es wird der Moment, in dem sich übersehbare Dinge in unübersehbare verwandeln, kaum festzustellen sein. Wenn man beispielsweise ein Weizenkorn auf einen bestimmten Fleck legt, dann noch eines, dann ein drittes u. s. w., so sind dieselben, solange ihre Anzahl gering ist, allerdings noch übersehbar. Fährt man jedoch in dieser Tätigkeit fort und hat man auf diese Weise bereits 100 oder gar

---

[1]) Dernburg B. G. B., Bd. 2, § 11, S. 27 und Anm. 3 das. § 45, II. S. 103.

[2]) Für diese Auffassung ist noch Windscheid anzuführen Er sagt: „Der Kreis der Sachen, auf welche die angegebenen, d. h. beim Vertragsabschluss pp. Merkmale verweisen, kann ein mehr oder weniger enger sein z. B. ein Wispel Weizen aus dieser Schiffsladung; ein Ohm Wein aus diesem Stückfass; eines von meinen Gemälden." Vgl. auch R. O. H. G. Bd. 24, Seite 30.

[3]) Eck, a. a. O., § 51, S. 241.

1000 oder gar noch mehr zu dem ursprünglichen Korn hinzu getan, mit welchem hinzugefügten Korn hört die Uebersehbarkeit dann auf?! wann beginnt die Unübersehbarkeit?!

3. Die dritte Ansicht, die bereits behandelt worden ist und hier nochmals angeführt sein mag, will in dem vorerwähnten Falle eine besondere Unterart der Gattungssache erblicken und spricht deshalb von einer „begrenzten Gattungsschuld", oder von einer „gemischten" auch von einer „beschränkt generellen Obligation." Aber sie Alle, welche diese Teilung machen, sind in sofern als Vertreter der hier aufgestellten Ansicht zu bezeichnen, als sie auch dann eine Gattungsschuld annehmen, wenn der Kreis von Sachen, aus denen ausgeschieden werden darf, ein objektiv engbegrenzter ist.[1])

All das bisher Bemerkte gilt selbstverständlich nicht nur dann, wenn der Kreis der Gegenstände, welchem die im besonderen zu leistende Sache angehören soll, ein solcher ist, dass den einzelnen dazu gehörigen Sachen ein individueller Wert zukommt, sondern auch dann, wenn die von der Gattung befassten Sachen gar keinen individuellen Wert haben, so dass bei ihnen aller Wert nur durch Zahl, Mass oder Gewicht bestimmt wird.[2])

§ 3.
Begriff des Unvermögens im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches.

Nachdem im vorigen Paragraphen von der Gattungssache als solcher gehandelt und festgestellt worden ist, was nach diesseitiger Ansicht unter „einer nur der Gattung nach bestimmten Sache" verstanden wird, mag nunmehr auf das eigentliche Thema eingegangen und hierbei in der Weise verfahren werden, dass zunächst das rein äussere Verhältnis des § 279 des bürgerlichen Gesetzbuches zu den §§ 243 und 300 Abs. II daselbst beleuchtet und dann der Begriff des Unvermögens im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches klar gelegt wird.

Das rein äussere Verhältnis des § 279 cit. zu den §§ 243, 300, Abs. II cit. charakterisiert sich als ein koordinirtes in dem Sinne, als die einzelnen Vorschriften selbstständig neben einander stehen, und jede einzelne Bestimmung als Hauptregel bei rein äusserlicher Teilung des Tatbestandes aufzufassen ist.

Dieser Satz bedarf einer näheren Erklärung.

---

[1]) Eine ganz besondere Konstruktion der hier gedachten Fälle findet sich bei Fick, a. a. O. Bd. 8, S. 86 ff. Er führt aus, dass die Römer sich alle Kaufverträge, nach denen ein genus zu leisten war, als suspensiv bedingt vorgestellt hätten.

[2]) vgl. v. Savigni, a. a. O., Bd. 1, S. 400.

Der Tatbestand, der gegeben sein muss, damit die uns interessierenden Paragraphen zur Anwendung gelangen können, ist selbstverständlich der eines Gattungsschuldverhältnisses.[1]) Bei einem solchen lassen sich drei Perioden unterscheiden. Die erste Periode beginnt mit dem Augenblick, wo für beide Parteien, oder doch wenigstens für diejenige Partei, um deren Verpflichtung es sich handelt, das Recht des einseitigen Zurücktretens von der übernommenen Verpflichtung aufhört,[2]) und reicht bis zur Perfektion des Schuldverhältnisses. Besonders klar tritt dies bei bedingten Rechtsgeschäften hervor, aber auch dann, wenn bei der Vornahme eines Rechtsgeschäftes für die Wirkung desselben ein Anfangstermin bestimmt worden ist.

Die zweite Periode reicht von der Perfektion des Schuldverhältnisses bis zu dem Augenblick, wo, wie das Gesetz sagt, der Schuldner das zur Leistung einer Gattungssache seinerseits Erforderliche getan hat.

Die dritte Periode endlich umfasst den Zeitraum zwischen diesem Moment und der tatsächlichen Erfüllung, mit welcher das Schuldverhältnis überhaupt erlischt.

Erwägt man nun, dass durch die Erfüllung der dem Schuldner nach § 243 des bürgerlichen Gesetzbuches obliegenden Pflichten das Gattungsschuldverhältnis sich kraft Gesetzes in ein Speciesschuldverhältnis verwandelt, also in seine dritte Periode eintritt, so ist es klar, dass auf dieses die Bestimmungen der §§ 279 und 300 Abs. 2 cit., die lediglich eine „nur der Gattung nach bestimmte Sache“ im Auge haben, nicht Anwendung finden und sich ausschliesslich auf die erste und zweite Periode des Gattungsschuldverhältnisses beziehen können, wobei für die Anwendbarkeit des § 300 Abs. 2 cit. noch die vom Gesetz verlangten Voraussetzungen für den Gläubigerverzug hinzukommen müssen.

In diesem Sinne gelangen also bei einem Gattungsschuldverhältnisse die einzelnen Bestimmungen, je nach der zeitweiligen Lage desselben, selbständig zur Anwendung; ihr Verhältnis kann demnach als „koordiniertes“ bezeichnet werden.

Aus der Stellung, welche § 279 cit. nun weiter im System des bürgerlichen Gesetzbuches gefunden hat — er steht gerade in der Mitte der neuen Paragraphen, welche von der Unmöglichkeit der Leistung handeln (§ 275 bis § 283) — ist zu entnehmen, dass seine Hauptbedeutung in der Regelung der Verpflichtung des Schuldners bei etwaiger Unmöglichkeit seiner Leistung zu suchen ist. Das Gesetz selbst hat im § 279 cit. den Ausdruck „Unmöglich-

[1]) In der Folge wollen wir das Schuldverhältnis, wonach jemand eine „nur der Gattung nach bestimmte Sache“ schuldet, der Kürze wegen mit „Gattungsschuldverhältnis“ bezeichnen.

[2]) vgl. Mommsen, a. a. O., S. 1.

keit“ geflissentlich vermieden und sich des Ausdrucks “Unvermögen“ bedient, ohne Angabe, was es darunter verstanden wissen will. Wie sich jedoch aus den Vorarbeiten zum bürgerlichen Gesetzbuch, insbesondere aus den Motiven und den Protokollen entnehmen lässt, auch in der Litteratur fast allgemeine Anerkennung gefunden hat, soll mit dem Ausdruck „Unvermögen“ nichts Anderes bezeichnet werden, als die „subjektive“ Unmöglichkeit, deren terminologischen Gegensatz die „objektive“ Unmöglichkeit, bildet, welche vom Gesetz schlechthin mit „Unmöglichkeit“ bezeichnet wird.[1])[2]) Ob die Einführung des Wortes „Unvermögen“

---

[1]) Der § 279 lautete als § 237 des ersten Entwurfs in Absatz 1:

„Der Schuldner ist zur Leistung nicht verpflichtet, so lange die Leistung in Folge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich ist; soweit die Leistung dauernd unmöglich geworden ist, wird der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreit“

und bestimmt dann im Absatz II weiter:

„Dasselbe gilt, wenn der Schuldner, welcher einen in sich bestimmten Gegenstand zu leisten hat, diesen in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu leisten ausser Stand gesetzt worden ist,“

Bei der Beratung des zweiten Buches wurde bei § 237 der Antrag gestellt, den Absatz I des § 237 zu streichen, „weil er keinen Rechtssatz enthalte, sondern nur eine wertlose und nicht einmal richtig ausgedrückte Reflexion.“ Die Mehrheit war gegen diesen Antrag und hob unter Anderem hervor, „er habe eine „terminologische Bedeutung“ als er die im Absatz I behandelten Fälle der objektiven Unmöglichkeit den in Absatz II behandelten Fällen der subjektiven Unmöglichkeit scharf gegenüberstelle.“ vgl. Protokolle S. 631, bei Mugdan a. a. O. S. 529. An die Stelle des § 237 der ersten Lesung traten dann in der zweiten Lesung des Entwurfs die §§ 232 und 235. Der § 232 lautet:

„Der Schuldner ist von der Verpflichtung zur Leistung befreit, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen, von ihm nicht zu vertretenden Umstandes „unmöglich“ geworden ist.“

Der § 232 hat als ehemaliger Absatz I des § 237 den Ausdruck „unmöglich“, der, wie die Motive zu § 237 erster Lesung (Motive S. 44, bei Mugdan a. a. O. S. 24) hervorheben, „nur die objektive Unmöglichkeit“ bezeichnen soll, beibehalten. Im § 235 der zweiten Lesung des Entwurfs, der die Stelle des Absatz II des § 237 der ersten Lesung des Entwurfes eingenommen hat, ist unter Beibehaltung der Gegenüberstellung der im Absatz I § 237 resp. § 232 behandelten Fälle der objektiven Unmöglichkeit zu den in Absatz II § 237 behandelten Fällen der subjektiven Unmöglichkeit der Ausdruck „Unvermögen“ eingeführt worden. Der § 235 heisst:

„Das Unvermögen des Schuldners zur Bewirkung der noch möglichen Leistung steht der Unmöglichkeit gleich. Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt.“

Der Ausdruck „Unvermögen“ ist dann beibehalten und im § 279 zum Gesetzestext geworden.

als besonders glücklich zu bezeichnen ist, mag für die hier interessierenden Erörterungen dahingestellt bleiben. Gegen den „verfehlten" Begriff des Unvermögens hat sich besonders Ubbelohde ausgesprochen (a. a. O. S. 118ff.).

Da das Gesetz im § 279 nur der subjektiven Unmöglichkeit die Wirkung der Befreiung des Schuldners von seiner Verpflichtung versagt, so ist es für jeden einzelnen Fall von erheblicher Bedeutung, festzustellen, ob die vorliegende Unmöglichkeit als objektive oder als subjektive Unmöglichkeit zu bezeichnen ist. Unter der objektiven Unmöglichkeit, sagt Mommsen,[1]) versteht man diejenige, die ihren Grund in dem Gegenstande der Obligation an sich hat, oder wie v. Savigny[2]) sich ausdrückt, in der Natur der Handlung an sich begründet ist. Diese Definitionen haben auch unter der Herrschaft des bürgerlichen Gesetzbuches noch volle Geltung. An dieser Stelle genügt es, auf sie hingewiesen zu haben, denn eine umfassende Darstellung der Lehre von der objektiven Unmöglichkeit der Leistung würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen, da nur die Feststellung des Inhalts des § 279 des bürgerlichen Gesetzbuches und seiner Bedeutung beabsichtigt ist.

Die Frage dagegen, was unter dem „Unvermögen" als der subjektiven Unmöglichkeit im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches zu verstehen ist, bedarf einer näheren Untersuchung.

Bei der Beurteilung des Wesens der Unmöglichkeit[3]) ist es, und das sei hier zunächst bemerkt, von keiner Bedeutung, ob die Unmöglichkeit eine ursprüngliche, also gleich zu der Zeit vorhandene ist, „da, wie Cosack[4]) sagt, der zur Begründung der Leistungspflicht erforderliche Tatbestand verwirklicht, insbesondere der auf die Leistung gerichtete Vertrag abgeschlossen wird", oder ob sie erst nachträglich eintritt, dagegen ist für das richtige Erkennen der Unmöglichkeit von grosser Bedeutung die Untersuchung und Prüfung:

a) des Gegenstandes der Leistung und des gesammten Inhaltes des Schuldverhältnisses, kraft dessen der Gläubiger

---

[2]) Als Vertreter dieser Ansicht mögen genannt werden: Dernburg, B. G. B. a. a. O. § 61, S. 131; Endemann, B. G. B., Bd. 1, § 127, S. 551 Anm. 2; Stammler, a. a. O. S. 109; Titze, a. a. O. § 4, S. 59;

Ein Gegner der diesseitigen Ansicht ist unter Anderen Eck, a. a. O. § 55 S. 267. Er führt aus: „den terminologischen Gegensatz zur objektiven Unmöglichkeit, sondern, wie sich das Gesetz ausdrückt, das Unvermögen des Schuldners, die Unerschwinglichkeit der Leistung nach v. Savigny."

[1]) Mommsen, a. a. O., S. 5.

[2]) v. Savigny, a. a. O., Bd. 1, S. 384.

[3]) Es mag darauf hingewiesen sein, dass bei diesen Erörterungen unter der „Unmöglichkeit" die „subjektive" Unmöglichkeit, das „Unvermögen" gemeint ist.

[4]) Cosack, a. a. O., Bd. 1, § 98, S. 332.

nach § 241 des bürgerlichen Gesetzbuches berechtigt ist, vom Schuldner die Leistung zu fordern,

b) des Grundes, weshalb gerade für den Schuldner die Leistung unmöglich ist,

c) ob gerade dieser Grund ein solcher ist, dass er die Leistung an sich, oder nur für den Schuldner persönlich unmöglich macht?

Die Prüfung des letzten Falles ist besonders deshalb von Bedeutung, weil wir in der Litteratur häufig der Ansicht begegnen, die objektive Unmöglichkeit sei dann gegeben, „wenn die Leistung von Niemandem prästiert werden könne." In diesem Sinne äussert sich z. B. Eck;[1]) ähnlich tuen dies Dernburg, B. G. B. a. a. O. § 60 S. 128; Planck, a. a. O. Anm. 1 zu § 275 S. 47; Titze, a. a. O. S. 59 § 4; Kisch, a. a. O. § 2 S. 10, ausser vielen Anderen. Cosack[2]) insbesondere sagt: „die objektive Unmöglichkeit bedeutet, dass die Leistung nicht blos für den Schuldner, sondern für jedermann unmöglich ist, die subjektive, dass die Leistung zwar für den Schuldner unmöglich, für andere Personen dagegen möglich ist." Cosack, wie die vor ihm genannten Schriftsteller sind also der Meinung, es liesse sich der Begriff der subjektiven Unmöglichkeit ein für alle Male feststellen und zwar so, dass er auf alle Fälle in gleicher Weise angewendet werden könne. Dieser Ansicht kann aber diesseits nicht beigetreten werden, denn gegenüber den bestimmten Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches dürfen die von Cosack hervorgehobenen Momente bei der Untersuchung der Unmöglichkeit auf ihre Subjektivität oder Objektivität in keiner Weise Ausschlag gebend sein.

Denken wir einmal an den Fall, dass ein Juwelenhändler einen kunstvoll gearbeiteten Ring, den er auf eine Ausstellung geschickt hat, der dann bei einem dortigen Einbruchsdiebstahle entwendet worden ist und trotz der erdenklichsten Mühe des Ausstellers von diesem nicht wieder erlangt werden kann, an einen Liebhaber, der den Ring bereits kannte, verkauft hat. Zunächst ist der Juwelenhändler nach § 433 Abs. I des bürgerlichen Gesetzbuches verpflichtet, dem Liebhaber den Ring zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. In Folge des Diebstahls ist aber der Verkäufer ausser Stand gesetzt worden, seinen Verpflichtungen, besonders der Uebergabe des Ringes, nachzukommen. Die Leistung, an sich zwar möglich, ist dem Verkäufer unmöglich, und zwar wegen der einfachen Tatsache, weil seine Fähigkeiten nicht ausreichen, sich wieder in den Besitz des Ringes zu setzen. Wie nun, wenn die Diebe den Ring ihrerseits weiter veräussern wollen? Durch den Diebstahl sind sie zweifellos nicht Eigentümer des Ringes geworden.

---

[1]) Eck, a. a. O. S. 267, § 55. [2]) Cosack, a. a. O. Bd. 1, S. 332.

Nach § 929 cit. kann aber nur der Eigentümer einer Sache einem Andern das Eigentum daran verschaffen. Allerdings wird gemäss § 933 cit der Erwerber einer Sache ihr Eigentümer, auch wenn die veräusserte Sache nicht dem Veräusserer gehört, für den Fall, dass die Sache dem Erwerber vom Veräusserer übergeben wird und der Erwerber zu dieser Zeit in gutem Glauben sich befindet. Von dieser Bestimmung enthält jedoch der § 935 cit. eine einschneidende Ausnahme, indem er sagt: der Erwerb des Eigentums auf Grund von § 933 cit. tritt nicht ein, wenn die Sache dem Eigentümer „gestohlen" worden ist. Dies hatten wir aber nun gerade angenommen, und wir erhalten somit einen Fall, wo eine Leistung tatsächlich von Niemandem vorgenommen werden kann, die an sich möglich wäre, wenn nur der Eigentümer den Besitz, oder der Besitzer das Eigentum hätten.

Das genannte Beispiel verliert nicht an Gültigkeit, weil der Eigentümer, ohne im Besitze der Sache zu sein, das Eigentum an derselben nach § 931 cit. durch Abtretung des Herausgabeanspruches an den Erwerber übertragen „kann." Diese setzt die Billigung des Erwerbers voraus, denn bei ihm liegt es, ob er mit einem solchen Ersatz der Uebergabe einverstanden sein will, was in einem Falle, wie dem gedachten, wohl nicht anzunehmen sein dürfte, eventuell könnte ja auch dieses Einverständnis im gedachten Falle als nicht vorhanden betrachtet werden.

Hiernach ist zu sagen, dass im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches eine subjektive Unmöglichkeit stets dann vorliegt, wenn die Leistung, an sich möglich, vom Schuldner jedoch entweder aus rein „persönlichen" Verhältnissen, oder aber aus „seiner" Beziehung zu dem Gegenstande der Obligation nicht erbracht werden kann, ohne Rücksicht darauf, ob etwa die Leistung für jedermann unmöglich ist.

Wann in einem bestimmten Falle subjektive Unmöglichkeit, also Unvermögen, des Schuldners vorliegt, muss demnach stets Tatfrage bleiben, die an der Hand des hier aufgestellten Grundsatzes zu lösen sein würde. Es wird daher auch mit Recht in den Motiven[1]) hervorgehoben, dass es de lege ferenda bedenklich wäre, durch Beispiele, oder gar den Versuch einer erschöpfenden Aufzählung der denkbar möglichen Fälle die richtige Anwendung des Gesetzes sicher stellen zu wollen.

§ 4.

Über die Feststellung des Unvermögens des Schuldners.

Nach § 279 des bürgerlichen Gesetzbuches hat der Schuldner sein Unvermögen schlechthin zu vertreten. Dasselbe kann aber

[1]) vgl. Motive S. 45, a. a. O. S. 25;

ein ursprüngliches oder ein nachfolgendes sein, je nachdem es zur Zeit des Vertragschlusses vorhanden war, oder erst nachträglich eingetreten ist.[1])

An dieser Stelle soll auf die Feststellung des Unvermögens, sowohl des ursprünglichen wie des nachfolgenden eingegangen werden, und zwar in Anlehnung an die Besprechung des von Cosack[2]) angegebenen Beispiels. Es heisst: „Der Kunsthändler M. hat dem N ein bestimmtes Gemälde Menzels zu liefern versprochen; nunmehr verarmt aber M. durch den unvermuteten Bankerutt seines Bankiers und kann infolge dessen das Bild nicht kaufen und dem N. liefern.“ Nach Cosack ist dies ein Fall „nachträglichen“ Unvermögens; Planck[3]) dagegen behauptet, es liege eine „ursprüngliche, subjektive Unmöglichkeit“ auf Seiten des Schuldners vor, da er schon bei Abschluss des Vertrages unvermögend gewesen wäre, das Bild zu liefern, weil ihm dasselbe weder gehörte, noch in seinem Besitze sich befunden hätte. Biermann[4]) wiederum bestreitet die Ansicht Plancks. Er geht davon aus, dass den Parteien beim Abschluss des Vertrages bekannt war, dass das Gemälde sich weder im Besitze des Schuldners befand, noch ihm gehörte, dass aber die Leistung gerade darin bestehen sollte, dem Gläubiger dieses nicht im Eigentum und Besitz des Schuldners befindliche Bild zu liefern. Biermann giebt nun allerdings zu, dass die Leistung zur Zeit des Vertragsabschlusses vom Schuldner tatsächlich nicht unmittelbar erbracht werden konnte, dass es vielmehr noch eines besonderen Vorganges, nämlich des sich Verschaffens des Bildes durch den Schuldner bedurfte, und stellt nun alles darauf ab, ob der Schuldner im Stande war, sich zur Zeit des Vertragsabschlusses das Bild, sei es durch eigene Mittel, sei es auf Kredit, zu verschaffen und so sein Unvermögen zu heben. Wenn ja, so liegt nach Biermanns Ansicht eine nachträgliche subjektive Unmöglichkeit vor, anderenfalls eine ursprüngliche.

Diese Ansicht findet sich auch bei Dernburg. Letzterer[5]) führt als Beispiel an, dass ein Kunsthändler ein Gemälde versprochen habe, welches der Eigentümer auf Verkauf arbeitet. Dernburg meint nun, dass in diesem Falle ein subjektives Unvermögen noch nicht vorhanden sei, „solange es noch nicht ausgeschlossen sei, dass sich der Kunsthändler dies noch zu beschaffen vermag.“ Also auch Dernburg nimmt in diesem Falle eine nachfolgende subjektive Unmöglichkeit an.

[1]) cf. Hartmann, a. a. O. § 6 S. 167.
[2]) Cosack, a. a. O. Bd. 1, § 98b S. 334.
[3]) Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 49,3.
[4]) Biermann, a. a. O. Bd. 91, S. 90.
[5]) Dernburg, B. G. B. a. a. O. Bd. 2, § 60, S. 128.

Nach diesseitiger Ansicht ist es in einem Falle, wie dem vorliegenden, nicht möglich, ohne vorhergehende Zerlegung des Tatbestandes unter Beachtung des Willens der Parteien nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte die Antwort darauf zu geben, ob ursprüngliches oder nachfolgendes oder überhaupt kein Unvermögen vorliegt.

Bei der Beurteilung eines solchen Falles ist zunächst daran zu denken, dass die subjektive Unmöglichkeit, wie Mommsen[1]) treffend bemerkt, ihren Grund entweder in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners, oder in seinem Verhältnis zu dem Gegenstande der Obligation haben kann. Wann das Eine, wann das Andere vorliegt, ergiebt eben die Zerlegung des Tatbestandes unter Beachtung des Willens der Parteien nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Hierbei ist ein fünffaches möglich,

a) Entweder ist die Verpflichtung des Schuldners dahin aufzufassen, dass er verbunden sein soll, das Bild zu kaufen und dann dem Gläubiger zu liefern. Dies ist die Ansicht Plancks,[2]) welche er bei dem hier behandelten Beispiel vertritt,

b) Oder es entsteht durch das Schuldverhältnis für den Schuldner schlechthin die Verpflichtung zur Lieferung des bestimmten vom Gläubiger gewünschten Bildes, also eine Speciesschuld, wie Cosack[3]) annimmt,

c) Oder es entsteht, wie Leonhard[4]) will, durch das Schuldverhältnis eine doppelte Schuldleistung, nämlich Geldbesorgung und Geldverwendung, von denen die erste generell, die zweite individuell ist, und von denen jede ohne Schuld des Verpflichteten nachträglich unmöglich werden kann,

d) Oder es entstehen, so nach der Ansicht von Eck,[5]) durch das Schuldverhältnis, wie Leonhard annimmt, zwei Schuldleistungen, eine Hauptleistung und eine Nebenleistung. Im angenommenen Fall, meint Eck, sei die Hauptleistung des Schuldners darin zu erblicken, dass er das Geld zum Kaufe des Bildes aufzubringen und aufzuwenden habe,

e) Diesen vier Ansichten möchte ich noch eine fünfte anreihen, und zwar aus dem Grunde, weil in allen vier vorgetragenen das „innere" Verhältnis zwischen den Parteien zu wenig oder gar keine Berücksichtigung

---

[1]) Mommsen, a. a. O. S. 5.
[2]) Planck, a. a. O. Bd. 2, S. 49,3.
[3]) Cosack, a. a. O. Bd. 1, S. 334.
[4]) Leonhard, a. a. O. § 55, S. 270, Anm. 2 i. V. S. 271, Anm. 1.
[5]) Eck, a. a. O. § 55, S. 271.

gefunden hat. Betrachten wir uns einmal einen Fall, wo, wie hier, der Gläubiger mit dem Schuldner einen Vertrag schliesst, wonach dieser dem ersteren eine bestimmte „fremde" Sache verschaffen soll. Die Absicht der Parteien geht hiernach zweifellos dahin, dass der Gläubiger an einer Sache Besitz und Eigentum erhalten will und soll, die zur Zeit des Vertragsabschlusses ein „Dritter" in Besitz und Eigentum hat. Den Parteien, zumal dem Gläubiger, kommt es gar nicht darauf an, dass zuvor der Schuldner Eigentum und Besitz erwirbt. Des Schuldners Tätigkeit ist lediglich eine vermittelnde, und das innere Verhältnis zwischen den Parteien charakterisiert sich als ein Auftrag, der entweder als Dienstvertrag, oder Mäklervertrag, vielleicht auch als Auftrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, oder dergleichen mehr in die Erscheinung tritt. Die Leistung, zu der sich durch solche Verträge der Schuldner verpflichtet, besteht darin, dass er vermittelt, im angenommenen Fall also den Eigentümer des Bildes zu bestimmen trachtet, das Eigentum und den Besitz an dem Bilde seinem, Schuldners, Gläubiger zu übertragen. Auf den Erfolg der Tätigkeit des Schuldners kommt es bei der Frage nach der Möglichkeit dieser Leistung gar nicht an. Gegenstand der Leistung ist lediglich ein Tun und Handeln des Schuldners. Wollen wir die Frage nach der Unmöglichkeit prüfen, so müssen wir uns vielmehr nach ihrem Grunde umschauen, der, wie erwähnt, in den rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in seinem Verhältnis zum Gegenstande der Obligation liegen kann. Vorliegend ist aber Gegenstand der Obligation ein Tun und Handeln und dieses kann nur aus rein persönlichen Verhältnissen des Schuldners, wie etwa Krankheit oder dergleichen, unmöglich sein. Da aus dem Beispiel, wie es gegeben ist, solches nicht hervorgeht, so liegt ein Unvermögen des Schuldners überhaupt nicht vor, weder ein ursprüngliches, noch ein nachfolgendes.

Ein Beispiel, wo der Schuldner nach diesseitiger Ansicht zu einer Leistung unvermögend ist, die darin besteht, dass er dem Gläublger Besitz und Eigentum an einer Sache, die in eines Dritten Besitz und Eigentum sich befindet, verschaffen soll, mag folgender Fall dienen: „Der Schuldner ist Eigentümer eines Grundstückes, welches er laut Vertrag vom 1. Januar am 1. Juli dem Gläubiger auflassen soll, und zwar gegen Zahlung von 6000 Mark. Am 1. Februar lässt der Schuldner das Grundstück einem Dritten gegen Barzahlung auf mit der Bedingung, dass dieser gegen Rückerstattung des Kaufpreises nebst Zinsen dem Schuldner das Grund-

stück wieder rückauflassen solle. Am 15. Februar verliert der Schuldner durch den unvermuteten Bankerutt seines Bankiers sein ganzes Vermögen. Der Gläubiger, der von dem Vertrage zwischen Schuldner und Dritten und von dem Vermögensverluste des Schuldners Kenntniss erhalten hat, will den Vertrag lösen, weil von dem Schuldner die Vertragserfüllung nicht vorgenommen werden könne. Dieser erklärt jedoch, es werde seine Sache sein, für die Auflassung des Grundstücks an den Gläubiger am 1. Juli zu sorgen. Aber in der Zwischenzeit vermag der Schuldner weder die Mittel noch Credit zu finden, das Grundstück von dem Dritten wieder zurückzukaufen und kann am 1. Juli tatsächlich das Grundstück dem Gläubiger nicht auflassen." Dass es sich in diesem Falle nicht um ein Auftragsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner handeln kann, ergiebt das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis, nämlich der Kaufvertrag. Nur ein solcher war von den Parteien vereinbart, und von dem Verschaffen des Eigentums der Sache, die ein Dritter in Besitz und Eigentum hatte, konnte zur Zeit des Abschlusses des Vertrages noch gar keine Rede sein.

Die angeführten Beispiele und die daran geknüpften Ausführungen zeigen deutlich, dass, wie bei der „Feststellung" des Unvermögens überhaupt, so auch bei der Prüfung, ob das Unvermögen als ein ursprüngliches oder nachfolgendes oder überhaupt nicht als solches zu bezeichnen ist, stets der einzelne Fall auf das Genaueste zu untersuchen ist, wobei im ersten Falle der Grund des Unvermögens, im anderen Falle das zu Grunde liegende Schuldverhältnis am ehesten den Schlüssel geben wird.[1])

Hat nun eine derartige Prüfung ergeben, dass der Schuldner in einem bestimmten Falle zu einer ursprünglich subjektiven Leistung verpflichtet ist, so entsteht die weitere Frage: „Welchen Einfluss übt diese ursprüngliche subjektive Unmöglichkeit, das sogenannte Unvermögen, auf das Schuldverhältnis aus? kommt insbesondere ein solches überhaupt zu Stande?

§ 5.

Die Wirkungen des Unvermögens des Schuldners auf das Gattungsschuldverhältnis.

Blicken wir uns um im Gesetz so finden wir zwar im § 306 des bürgerlichen Gesetzbuches eine Vorschrift, wonach ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist; wie wir wissen, ist aber mit dieser unmöglichen Leistung nur die objektiv unmögliche Leistung gemeint. Der Fall, dass der Schuldner zu einer ursprünglich subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtet ist,

[1]) Kleineidam a. a. O. S. 16ff; Kisch, a. a. O. § 11, Anm. 8, S. 98; vgl. Jur. Woch. 1895, S. 519, No. 6, 1885 S. 65; R. G. Bd. 31 No. 38.

wird nicht vorgesehen. Dieser Mangel hat in der Litteratur zwei Ansichten gezeitigt, die sich nach einander entgegengesetzten Richtungen bewegen. Die Vertreter der einen Ansicht stehen auf dem Standpunkt: ein Schuldverhältnis, kraft dessen der Gläubiger vom Schuldner eine ursprünglich subjektiv unmögliche Leistung zu fordern berechtigt sei, könne überhaupt nicht begründet werden, es sei nichtig. Die Vertreter der anderen Ansicht wiederum vermögen nicht einzusehen, weshalb einem solchen Schuldverhältnis die Gültigkeit abgesprochen werden solle? Im letzteren Sinne kommen besonders Cosack und Planck, daneben auch Biermann[1]) in Betracht. Vertreter der erstgenannten Ansicht sind Dernburg und Stammler, deren Auffassung auch Endemann[2]) zu teilen scheint.

Cosack sagt: „Eine Verbindlichkeit, welche auf eine Leistung geht, die von Anfang an subjektiv unmöglich ist, kann sehr wohl gültig begründet werden, insbesondere ist ein Vertrag, durch welchen sich jemand zu einer subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtet, vollgültig," und er kommt zu dem Schluss, dass der Gläubiger die Leistung, obschon sie unmöglich sei, dennoch einklagen könne, ohne fürchten zu müssen, mit seiner Klage abgewiesen zu werden, und dass er die Leistung tatsächlich auch beitreiben könne, wenn ihre Unmöglichkeit nachträglich gehoben werde. Desgleichen könne er Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruches fordern, wenn dem Schuldner ein solcher gegen einen Dritten, der die Leistung für diesen, den Schuldner, subjektiv unmöglich gemacht habe, aus irgend einem Grunde zustehe, und schliesslich sei der Gläubiger befugt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, der nur dann entfalle, wenn in seinem, Gläubigers, Verhalten ein Verstoss gegen Treu und Glauben liege. Cosack verkennt nun allerdings nicht, dass alle diese von ihm aufgestellten Sätze im bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich enthalten sind. Als Beweis für ihre Richtigkeit beruft er sich jedoch darauf, dass die den hier vorgetragenen Regeln entgegenstehenden vom bürgerlichen Gesetzbuch ausdrücklich auf den Fall objektiver Unmöglichkeit beschränkt seien, dass also z. B. für den Fall objektiver Unmöglichkeit es ausgeschlossen sei, dass der Gläubiger die Leistung vom Schuldner tatsächlich beizutreiben suche, dass sogar der Gläubiger nicht einmal die — angebliche — Leistungspflicht des Schuldners mit der Feststellungsklage zur Geltung bringen dürfe, und dass hieran auch

[1]) Cosack, a. a. O. Bd. 1 § 98 S. 333.
Planck, a. a. O. Bd. 2 S. 47 Ziffer 3a Absatz 2.
Biermann, a. a. O. Bd. 91 S. 92ff.

[2]) Dernburg, B. G. B. Bd. 2 § 61 S. 131.
Stammler, a. a. O. S. 107 No. 32 i. V. S. 109 No. 33.
Endemann, a. a. O. B. G. B. Bd. 1 § 127 3c S. 553.

dadurch nichts geändert werden könne, wenn die Unmöglichkeit der Leistung später gehoben werde u. s. w.

Derselben Ansicht begegnen wir auch bei Planck, nur versagt dieser, im Gegensatz zu Cosack, dem Gläubiger das Recht, Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruches zu fordern.[1])

Ganz anders stellt sich Dernburg zu einem Vertrage, durch den der Schuldner dem Gläubiger gegenüber zu einer subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtet ist.

Paragraph 306 des bürgerlichen Gesetzbuches, so führt Dernburg aus, treffe seine Bestimmungen nur für den Fall der objektiven Unmöglichkeit, für den Fall blos subjektiver Unmöglichkeit, des Unvermögens, zur Zeit des Vertragsabschlusses sei eine Vorschrift nicht gegeben. Hierher, meint Dernburg, würde der Fall gehören, dass A dem B eine zu Gunsten des C patentierte Maschine verspricht, in dem Glauben, dass das Patent des C ihm, dem A gegenüber, keine Kraft habe. Durch rechtskräftiges Urteil zwischen A und C wird das Gegenteil festgestellt. Eine objektive Unmöglichkeit derartige Maschinen zu erlangen, besteht nicht, aber A ist unvermögend sie zu liefern. Dernburg fährt nun fort, Planck folgere aus dem Mangel einer besonderen Vorschrift, dass der auf eine subjektiv unmögliche Leistung gerichtete Vertrag gültig sei, so dass er im gedachten Falle A dem B gegenüber zur Leistung der Maschine verpflichtet, dass B auf Erfüllung derselben gegen A zu klagen, der Richter auf dieselbe zu verurteilen habe, dass die Zwangsvollstreckung zu versuchen sei. Erst deren Ergebnislosigkeit eröffne nach dem bürgerlichen Gesetzbuch auf Grund des § 283 den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Dies wären aber so zweckwidrige Prozeduren, dass sie nicht im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches liegen könnten. Nach solchen Ausführungen kommt Dernburg zu dem Schluss, dass ein Vertrag über eine ursprünglich subjektiv unmögliche Leistung ungültig sei, und dass der Unterschied zwischen der subjektiven und der objektiven Unmöglichkeit nur darin bestehe, dass der Gläubiger, wenn das Geschäft wegen Unvermögens des Schuldners unausführbar sei, einen Anspruch auf das Erfüllungsinteresse erlange und nicht blos auf das negative Vertragsinteresse verwiesen sei.

Diese Ansicht Dernburgs, besonders die Begründung, die er dafür erbracht hat, wird von Biermann[2]) lebhaft angegriffen. Allerdings stimmt er Dernburg darin zu, dass die Prozedur, wie sie nach dessen Angabe von Planck und Cosack, dessen Meinung Dernburg der Ansicht Plancks gleichstellt, gefordert

[1]) Planck, a. a. O. Anm. 5 zu § 281 S. 57.
[2]) Biermann, a. a. O. S. 94.

werde, zweckwidrig und dem Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches nicht entsprechend sein würde. Allein Planck und Cosack hätten, meint Biermann, aus der Gültigkeit des Vertrages über eine ursprünglich subjektiv unmögliche Leistung die Notwendigkeit eines solchen zweckwidrigen Prozessverfahrens gar nicht gefolgert, vielmehr nur den berechtigten Schluss gezogen, dass der Gläubiger nicht auf die sofortige Forderung des Interesses beschränkt sei, dass er vielmehr zunächst auch die Leistung selbst einklagen könne, nicht aber müsse. Biermann führt nun weiter aus: „Wenn der Vertrag gültig sei, so könne dem Gläubiger naturgemäss nichts im Wege stehen, auf die Leistung selbst zu klagen. Gerade die Klage auf Leistung könne für ihn von besonderem Werte sein. Wenn z. B. der Schuldner dem mahnenden Gläubiger entgegenhalte, er sei zur Vornahme der Leistung nicht imstande, so würde es für den Gläubiger unter Umständen schwierig sein, die Glaubwürdigkeit dieser Angabe zu kontrolieren. Da er nun vielleicht an der Leistung selbst ein noch weit grösseres Interesse habe, als er im Prozesse eventuell nachzuweisen vermöchte, so würde er durch die Klage auf die Leistung zunächst festzustellen wünschen, ob der Schuldner zur Vornahme der Leistung wirklich unvermögend sei. Andererseits müsse es für den Gläubiger gar oft von Wert sein, ohne weitere Umwege sogleich sein Erfüllungsinteresse geltend machen zu können, vor allem dann, wenn er sich von dem Unvermögen des Schuldners überzeugt habe. An der sofortigen Geltendmachung des Erfüllungsinteresses sei er jedoch auch dann nicht gehindert, wenn der Vertrag über die subjektiv unmögliche Leistung gültig sei. Auch dann könne der Gläubiger sofort auf das Erfüllungsinteresse klagen; er brauche nur das Unvermögen des Schuldners in seiner Klagebegründung zu behaupten bezw. unter Beweis zu stellen. Biermann zieht aus diesen Erwägungen die Schlussfolgerung, dass die Gültigkeit des Vertrages über eine ursprünglich subjektiv unmögliche Leistung nicht ein zweckwidriges und dem Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches nicht entsprechendes, sondern ein sehr zweckentsprechendes Prozessverfahren zeitige, welches dem Gläubiger die Wahl liesse, je nach seinem Interesse auf die Leistung oder das Erfüllungsinteresse zu klagen.

Trotz dieser bestechenden Ausführungen Biermanns gegen Dernburg möchte ich mich dennoch, wie Stammler,[1]) zu Dernburgs Ansicht bekennen, allerdings aus einem anderen Grunde wie dieser.

Nach § 2169 des bürgerlichen Gesetzbuches ist das Vermächtnis eines bestimmten Gegenstandes, der zur Zeit des Erbfalles nicht zur Erbschaft gehört, wirksam, sofern der Gegenstand

[1]) Stammler, a. a. O. vgl. S. 24 dieser Arbeit.

dem Bedachten auch für den Fall zugewendet sein soll, dass er nicht zur Erbschaft gehört, und der Beschwerte ist nach § 2170 a. a. O. verpflichtet, den Gegenstand dem Bedachten zu verschaffen, eventuell den Wert zu entrichten, letzteres insbesondere dann, wenn der Beschwerte zur Verschaffung ausser Stande ist, d. h., wenn auf seiner Seite eine subjektive Unmöglichkeit vorliegt und, wie aus einem argumentum e contrario des § 2171 a. a. O. zu entnehmen ist, auch dann, wenn die subjektive Unmöglichkeit eine ursprüngliche, d. h. zur Zeit des Erbfalles bestehende ist.

Weiter: Nach § 279 a. a. O. hat der Schuldner einer nur der Gattung nach bestimmten Sache sein Unvermögen zu vertreten, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, auch wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Da dieser Paragraph schlechthin von „Unvermögen" spricht, so ist nicht abzusehen, weshalb nicht auch das ursprüngliche Unvermögen gemeint sein soll, und es ist zu sagen, dass nach § 279 a. a. O. der Schuldner einer nur der Gattung nach bestimmten Sache auch die „ursprünglich subjektive Unmöglichkeit" zu vertreten hat, so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist, auch wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt. Dasselbe muss auch gelten, wenn sich der Schuldner durch „Vertrag" zu einer solchen Leistung verpflichtet hat, mithin muss ein solcher Vertrag vollgültig sein;[1]) Voraussetzung hierfür ist nur, dass der Gegenstand der Leistung ein genus, oder wie das Gesetz sagt, eine „nur der Gattung nach bestimmte Sache" ist. Letzteres ist für die Gültigkeit des Vertrages, wie des Schuldverhältnisses überhaupt, ein Essentiale.

Dieser Fall und der Fall bei dem Vermächtnisse sind im bürgerlichen Gesetzbuche die einzigen Fälle, wo ein Schuldverhältnis, kraft dessen der Schuldner zu einer ursprünglich subjektiv unmöglichen Leistung verpflichtet ist, volle Gültigkeit besitzt.

Wenn es nun wahr wäre, dass, wie Cosack, Planck auch Biermann wollen, alle derartigen Schuldverhältnisse vollgültig sind, so vermag ich nicht einzusehen, weshalb dies gerade in diesen beiden Fällen nochmals besonders hat betont werden müssen. Meines Erachtens bilden diese Bestimmungen vielmehr zwei ganz alleinstehende Ausnahmen. Von einer Ausnahme kann schlechterdings aber nur dann die Rede sein, wenn eine Regel vorhanden ist. Diese Regel kann nun aber nicht anders lauten, als dass sämmtliche Schuldverhältnisse, insonderheit Verträge „nichtig sind, welche eine ursprünglich subjektiv unmögliche Leistung zum Gegenstande haben."

Hiermit gelangen wir aber zu einem Analagon zu § 306 des bürgerlichen Gesetzbuches.

---

[1]) Sofern er nicht etwa aus einem anderen Grunde ungültig, d. h. unwirksam oder nichtig ist.

§ 6.

Schlussbemerkungen.

Die Bestimmung des § 279 des bürgerlichen Gesetzbuches ist also einerseits insofern interessant, als sie in Verbindung mit § 2169ff a. a. O. den Schlüssel zur Beantwortung der vielumstrittenen Frage giebt, ob ein auf eine ursprünglich subjektiv unmögliche Leistung gerichteter Vertrag gültig ist oder nicht; andererseits aber auch insofern, als in ihr das Verursachungsprinzip zur Geltung gekommen ist, wonach dem Schuldner ein unverschuldeter Schaden zugerechnet werden muss, ähnlich wie in den §§ 278, 437, 459, 537ff, 701 und 829 a. a. O.[1])

Dass der § 279 a. a. O. hierdurch eine gewisse Härte in das sonst als milde zu bezeichnende bürgerliche Gesetzbuch gebracht hat, lässt sich nicht leugnen. Diese Härte wird jedoch in der Praxis kaum merklich hervortreten, denn einmal findet ja § 279 cit. nur Anwendung bei einem Gattungsschuldverhältnisse und hierbei, wie wir gesehen haben, auch nur in den ersten beiden Perioden desselben, sodann hat der Schuldner lediglich für sein „Unvermögen" einzutreten, nicht etwa auch für die „Unmöglichkeit" der Leistung. Wie wir diesseits aber weiter gezeigt haben, ist der Begriff „Unvermögen" ein durchaus flüssiger und muss in jedem einzelnen Falle durch richterliches Ermessen festgestellt werden, und zwar unter Anwendung des § 157 a. a. O., also nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte, wobei nicht zu übersehen ist, dass der Kreis der Gattungssachen in den meisten Fällen ein verhältnismässig enger sein wird und, wie das Oberlandesgericht Hamburg in seinem Erkenntnis vom 10. Februar 1903 treffend bemerkt hat,[2]) eine „objektive" Unmöglichkeit bereits dann vorliegt, „wenn die Beschaffung von Gegenständen der fraglichen Art mit so aussergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden ist, dass diese Schwierigkeiten nach der von Treu und Glauben beherrschten Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleichgestellt werden."

---

[1]) vgl. Kisch, a. a. O. S. 112.
[2]) Warneyer, a. a. O. 1,34.